Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte

Rechts Rg geschichte

Rechtsgeschichte

www.rg.mpg.de

http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg6
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 6 (2005)
http://dx.doi.org/10.12946/rg06/067-081

Rg 6 2005 67 – 81

Alain Supiot

Sur le principe de solidarité

Dieser Beitrag steht unter einer
Creative Commons cc-by-nc-nd 3.0

Debatte

Gerd Bender 12 Solidarität?

Gian Guido Balandi 14 Sulla possibilità di misurare la solidarietà

Franz von Benda-Beckmann 29 »Nicht mehr« und »noch nicht«
Umkehrungen von Tradition und Modernität auf der Suche nach der passenden Solidarität für soziale Sicherung

Jürgen Brand 40 Solidarität und Identität

Hauke Brunkhorst 62 Solidarität im Kältestrom
Ganz ohne Emphase geht es nicht

Alain Supiot 67 Sur le principe de solidarité

Recherche

Marie Theres Fögen 84 Zufälle, Fälle und Formeln
Zur Emergenz des synallagmatischen Vertrags

Manfred Aschke 101 Die Verfassung des Experiments Moderne

Joachim Rückert 122 Der Geist des Rechts in Jherings »Geist« und Jherings »Zweck«
Teil 2

Thomas Weitin 143 Dichter und Richter
Probleme des Urteilens im 18. Jahrhundert

Axel Doßmann 161 Via Appia, Route Nationale, Autobahn …
Bewegung und Begrenzung in Referenz auf Rom

Thomas Krause 181 Criminal Justice History
Neuere Beiträge zur englischen und irischen Strafrechts- und Kriminalitätsgeschichte

Kritik

Thomas Vesting 192 Griechenlandsmirakel
Tobias Reichardt, Recht und Rationalität im frühen Griechenland

Anton D. Rudokvas 195 Russian Pandectistics meet Tolstoj
Martin Avenarius, Rezeption des römischen Rechts in Russland. Dmitrij Mejer, Nicolaj Djuvernua und Iosif Pokrovskij

Mario Ascheri 197 Il paradiso perduto dei giuristi?
Patrick Gilli, La Noblesse du Droit. Débats et controverses sur la culture juridique et le rôle des juristes dans l'Italie médiévale (XIIe–XVe siècles)

Achim Landwehr 199 Schmach und Schande
Matthias Lentz, Konflikt, Ehre, Ordnung. Untersuchungen zu den Schmähbriefen und Schandbildern des späten Mittelalters und der frühen Neuzeit (ca. 1350 bis 1600)

Lothar Schilling 202 Gute Ordnung als Theorie und Praxis
Andrea Iseli, ›Bonne police‹. Frühneuzeitliches Verständnis von der guten Ordnung eines Staates in Frankreich
Paolo Napoli, Naissance de la police moderne. Pouvoir, normes, société

Thomas Wetzstein 206 Dead Man Talking
Robert Bartlett, The Hanged Man. A Story of Miracles, Memory and Colonialism in the Middle Ages

Achim Seifert 209 Wörter ohne Gemeinschaft
Denis Alland, Stéphane Rials (Hg.), Dictionnaire de la culture juridique

Jakob Tanner 211 Body-Shaping
Ludger Schwarte, Christoph Wulf (Hg.), Körper und Recht. Anthropologische Dimensionen der Rechtsphilosophie

Kritik

Alessandro Somma 216 Il manganello e la bilancia
Nicola Rondinone, Storia inedita della codificazione civile

Christine Franzius 218 Beredtes Schweigen
Maren Bedau, Entnazifizierung des Zivilrechts. Die Fortgeltung von NS-Zivilrechtsnormen im Spiegel juristischer Zeitschriften aus den Jahren 1945 bis 1949

Ernst-Wolfgang Böckenförde 220 Staatsrecht in der Bonner Republik
Frieder Günther, Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949–1970

Frieder Günther 225 Wächter auf Abruf
Helmut Vogt, Wächter der Bonner Republik. Die Alliierten Hohen Kommissare 1949–1955

Christine Hohmann-Dennhardt 227 Kralsruher Wesen
Uwe Wesel, Der Gang nach Karlsruhe. Das Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik

Manfred Aschke 231 DDR-Geschichten
Felix Mühlberg, Bürger, Bitten und Behörden – Geschichte der Eingabe in der DDR

Dunja Melčić 235 Beim Angeln
Slavenka Drakulić, Keiner war dabei. Kriegsverbrechen auf dem Balkan vor Gericht

Fabian Steinhauer 238 Souveränität / Powerpoint
Horst Bredekamp, Gabriele Werner (Hg.), Bildtechniken des Ausnahmezustandes. Bildwelten des Wissens. Kunsthistorisches Jahrbuch für Bildkritik Bd. 2.1

Marginalie

Rainer Maria Kiesow 244 Punktierkunst

Abstracts 248

Autorenverzeichnis 253

Abbildungsnachweise 254

Sur le principe de solidarité

Vieille notion issue du droit romain, la solidarité a connu une grande fortune depuis la fin du XIXème siècle, notamment dans le vocabulaire sociologique, mais c'est depuis peu qu'elle a été consacrée comme principe juridique à valeur constitutionnelle par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée à Nice en décembre 2000. Cette Charte ne s'est pas en effet bornée à élargir aux droits fondamentaux un horizon juridique communautaire initialement cantonné à l'institution d'un marché unique. Elle a aussi innové en ajoutant la solidarité à la liste des principes, par ailleurs sans surprise, qui y figurent (dignité, liberté, égalité, citoyenneté, justice). Il ne s'agit pas d'une première puisque – le fait mérite d'être souligné – c'est la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples du 27 juin 1981[1] qui a la première reconnu la solidarité comme un principe juridique fondamental. Mais il s'agissait bien d'une innovation à l'échelle européenne, dont l'adoption n'est du reste pas allée sans mal.

Selon le témoignage autorisé d'un membre éminent de la Convention chargée de rédiger ce texte, le délégué britannique fit en effet valoir que la notion de solidarité au sens continental était inconnue dans son pays, et que le mot anglais *solidarity* n'avait pas du tout le même sens que les mots continentaux *solidarité, Solidarität, solidaridad, solidaritet, solidarieta, solidariteit ou solidariedade*.[2] L'objection n'était sans doute pas dépourvue de fondement, et l'on sait combien des mots européens peuvent recouvrir des sens différents sous une morphologie semblable. Admettre une telle objection conduirait toutefois à disqualifier l'idée même de »communauté européenne«. On sait en effet l'abîme qui sépare le concept allemand de *Gemeinschaft* de l'idée anglaise de *community*: l'un mobilise les ressorts les plus profonds du vivre-ensemble tandis que l'autre évoque plutôt un cercle de vieilles dames se retrouvant pour un bridge à l'heure du thé.

Mais la diversité des langues (et donc des manières de voir le monde), doit être perçue non pas comme un obstacle au projet communautaire, mais tout au contraire comme un moteur de son développement. Ce projet vise en effet à faire partager aux européens un sens commun qui se nourrisse de la diversité de leurs cultures au lieu de chercher à les soumettre à la domination de l'une d'entre elles. Le fait que la notion de solidarité n'ait pas le même sens ni la même portée dans tous les pays européens, n'était donc pas un argument convaincant pour l'exclure du Traité. C'en est un en revanche pour ne pas réduire la solidarité qui émerge ainsi au plan communautaire au sens qu'elle a acquis dans n'importe lequel des pays membres et pour admettre qu'il s'agit d'une notion ouverte à l'interprétation, appelée donc à évoluer. Pour estimer ces possibilités d'évolution et se risquer à une approche prospective de la solidarité (II), il faut commencer par en prendre une vue rétrospective (I).

I. Rétrospective

Alors que la renaissance médiévale de l'étude du Droit en Europe avait été marquée par l'aspiration à un *ius commune*, le trait marquant des deux derniers siècles dans la pensée juridique demeurera sans doute son caractère national. Cette période de nationalisme juridique est sans

1 Art. 29. V. texte reproduit in: Philippe Ardant, Les textes sur les droits de l'Homme, 2ème éd., Paris: PUF 1993, 92; présentation sommaire in: Frédéric Sudre, Droit international et européen des droits de l'homme, 5ème éd., Paris: PUF 2001, n° 76 et suiv.

2 Cf. Guy Braibant, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Témoignage et commentaires de Guy Braibant, Paris: Seuil 2001, 40.

doute en train de se clore sous nos yeux et ressurgit l'aspiration à des principes juridiques susceptibles de transcender la diversité des nations. Mais cette aspiration ne signifie nullement un retour au Moyen-Âge, car elle doit tenir compte des catégories juridiques apparues durant ces deux siècles de juxtaposition de droits nationaux, qui furent aussi dans tous les domaines deux siècles de transformations d'une ampleur sans précédent à l'échelle historique.

La période présente se trouve donc marquée par la projection sur un plan transnational des catégories de pensée qui ont porté l'essor du capitalisme dans chacun des pays dits »développés«. D'où une confrontation des concepts juridiques issus des différentes cultures nationales, et notamment, au sein de l'Union européenne, des traditions de *common law* d'une part et de droit continental (romano-canonique) d'autre part. C'est là du reste que se trouve le principal enjeu du régime linguistique de l'Union, car l'adoption de l'anglais comme seule langue de travail dans les institutions européennes conduirait inéluctablement à l'extinction de la tradition juridique continentale.

Comme toutes les notions juridiques qui ont accompagné l'essor du capitalisme industriel, la solidarité est née et s'est développée dans un cadre juridique national, et c'est dans ce cadre qu'il faut donc se situer pour comprendre sa place dans les montages juridiques de l'État providence. Dans le cas français, on aurait pu s'attendre à ce que ce soit la fraternité qui fournisse, aux côtés de la liberté et de l'égalité, le principe fondateur d'une République »sociale« (A). Il n'en a rien été et ceci éclaire le sens acquis par la solidarité dans ce qu'on appelle en France le »droit social«, notion large qui, à la différence du *Sozialrecht* allemand, englobe le droit du travail et de la sécurité sociale (B). Cet ancrage national n'a pas empêché pourtant que le principe de solidarité fasse irruption dans le droit communautaire (C).

A. *Pourquoi pas la fraternité?*

Parmi les trois éléments de la devise de la République, la fraternité occupe une place singulière. Tandis que la liberté et l'égalité fondent l'autonomie des individus, la fraternité au contraire les saisit comme membres d'une même famille. Dans cette trilogie républicaine, elle seule représente l'idée de lien social, et de même que la liberté et l'égalité se trouvent à la base constitutionnelle des droits civils et politiques, on aurait pu s'attendre à trouver la fraternité à la base constitutionnelle des droits sociaux. Mais il n'en a rien été. Tandis que liberté et égalité ont formé de bonne heure en Droit français un couple légitime qui a mis au monde de nombreux enfants, la fraternité est demeurée frappée de stérilité juridique.

Au cours de sa longue histoire, la fraternité avait pourtant pu servir les causes les plus diverses. Elle vient aux lèvres du Garde des sceaux du Roi Louis XVI à l'ouverture des États généraux lorsqu'il veut définir l'harmonie qui, sous l'égide d'un monarque paternel, doit présider à la société hiérarchisée d'Ancien Régime, mais on la retrouve quelques mois plus tard sur celles des sans-culottes aspirant à une égalité réelle entre tous les citoyens. Elle est toute de paix et de douceur chez Saint François d'Assise qui voulait l'étendre même aux oiseaux du ciel, ou encore chez Lamartine dans sa version de 1848, mais elle respire le sang et la terreur dans sa version de 1792: »la fraternité ou la mort!«.[3] Dans l'histoire du travail, la notion de fraternité a pu être employée en même temps par les corporations unissant les maîtres et les compagnons, et par les

3 Cf. Gérald Antoine, Liberté, égalité, fraternité ou les fluctuations d'une devise, 2ème éd. Paris: UNESCO 1989, 136. Pour une comparaison avec les Etats-Unis, v. Wilson C. McWilliam, The Idea of Fraternity in America, Berkeley & Los Angeles: University of California Press 1973.

confréries unissant les compagnons contre les maîtres. C'est du reste pourquoi elle servit au XIXème siècle de trait d'union entre les idiomes corporatifs et révolutionnaires, entre les anciennes confréries et les nouveaux syndicats.[4] Elle semblait donc pouvoir se prêter à un nouveau »recyclage« et offrir au droit social naissant l'un des principes directeurs dont il avait besoin.

S'il n'en a rien été c'est peut-être parce que la fraternité véhicule une conception du lien de droit qui répugnait profondément au positivisme scientifique naissant. La fraternité, qu'elle soit invoquée par les chrétiens ou par les francs-maçons, par les conservateurs ou par les révolutionnaires, implique toujours une relation ternaire et dogmatique. Ternaire parce que le lien qui unit deux frères découle des liens de chacun d'eux à un même Père. Dogmatique parce que cette paternité n'est jamais un fait démontrable, mais toujours un postulat fondateur de l'identité individuelle. Malgré les progrès biotechnologiques récents, le droit de la famille lui-même n'a pas réussi à évincer cette nature dogmatique de la filiation, et tant qu'on continuera de distinguer l'homme de l'animal, la »vérité biologique« ne pourra pas effacer complètement les vérités légales qui résultent du mariage ou de l'adoption. A quelqu'autre niveau qu'elle se trouve affirmée (entre les membres d'une même nation, religion, clan, profession, voire du même genre humain), la fraternité postule toujours un ancêtre commun, mis en scène dans un récit fondateur, mythique ou religieux. C'est cette relation transcendante à un auteur commun qui garantit le lien immanent entre frères. Autrement dit la fraternité fonde le lien de droit sur une croyance partagée. De ce point de vue elle cadrait mal avec la tendance à la »sécularisation« du droit, où les sciences sociales ont cru voir une loi de l'histoire.[5]

Le modèle familial inhérent à l'idée de fraternité a certes influencé le droit social naissant, mais il n'est pas parvenu à s'y imposer et c'est cet échec qui a permis l'émergence juridique de la solidarité. Concevoir le groupement sur le modèle familial conduit à y voir une communauté pérenne, hiérarchisée et soudée par un intérêt commun. Une telle analyse correspondait bien à l'affirmation progressive du rôle protecteur de l'Etat et de la figure de l'emploi salarié, c'est-à-dire à un modèle de *protection dans la dépendance*. Et en effet, de la notion de *patronat* à celle d'*affiliation* à la sécurité sociale, la référence aux liens de filiation est présente en droit social. Mais elle n'y occupe qu'une place marginale car ce droit est celui qui institue le marché du travail. Il n'a donc pas écarté les catégories du droit des obligations qui président aux échanges marchands, mais a eu tout au contraire pour objet de les adapter aux problèmes spécifiques qui surgissaient de leur application au travail humain. L'individualisme abstrait du Code civil avait conduit le droit des obligations à un triple refoulement de la dimension physique du travail humain, de la hiérarchie inhérente au salariat et du fait collectif. Le droit social a été le lieu du retour de ce refoulé sur la scène juridique, et le recours à l'idée de solidarité a permis que ce retour ne soit pas un retour en arrière, mais fasse au contraire surgir de nouvelles manières de penser et d'organiser le lien social.

B. *L'essor de la solidarité en droit français*

A lire le Code civil en effet, entre l'État et l'individu il n'y a rien, et la société civile est un ensemble homogène de particules contractantes, identiques et indépendantes les unes des autres, un univers d'atomes sans aucune molécule. Cet individualisme ne peut surprendre puisque le

4 Cf. William H. Sewell, Work and Revolution in France. The Language of Labour from the Old Regime to 1848, Cambridge: Cambridge University Press 1980, trad. fr. Gens de métier et révolutions, Paris: Aubier-Montaigne 1983, 279–280.

5 Cf. la conclusion de Max Weber: »Est inévitable la conception selon laquelle le Droit est un appareil technique rationnel qui se transforme sous l'influence de considérations rationnelles en finalité et qui est dépourvu de tout contenu sacré« (Max Weber, Sociologie du Droit, préf. de Philippe Raynaud, introd. et trad. par Jacques Grosclaude, Paris: PUF 1986, 234–235).

Code civil est sur ce point fidèle à l'inspiration révolutionnaire qui avait conduit dès 1791 à l'anéantissement des corporations et des corps intermédiaires par la loi Le Chapelier.[6] Dans cet univers juridique, se regrouper en vue de défendre ses intérêts communs était constitutif d'un délit, le délit de coalition, prévu et réprimé par les articles 414 et 415 du code pénal. Le fait collectif n'était donc pas ignoré, il était refoulé. En abrogeant en 1884 la loi Le Chapelier, la loi Waldeck Rousseau n'a pas seulement ajouté la liberté syndicale à la liste des libertés reconnues par la République, elle a donné le jour à une scène juridique nouvelle sur laquelle un certain nombre d'»acteurs« viennent représenter les employeurs et les salariés. Ce retour à la vie juridique du fait collectif ne s'est pas opéré sous la forme de »communautés professionnelles« fondant un lien d'appartenance qui s'impose à leurs membres, mais sous la forme de »groupements professionnels« (intitulé du Livre IV du code du travail) fondés sur la libre adhésion des individus. Le modèle français de relations collectives a en effet englobé, et non écarté, les valeurs d'égalité et de liberté individuelle du Code civil. Ceci s'exprime dans la notion typiquement française de »droit ou liberté individuelle s'exerçant collectivement«, qui permet de qualifier aussi bien la liberté syndicale que le droit de grève ou le droit à la négociation collective. Car ces droits et libertés sont au service d'une même ambition: rétablir au plan collectif l'égalité entre employeurs et salariés qui fait défaut au plan individuel. Il fallait donc au droit social un concept qui lui permette de reprendre à son compte des valeurs communautaires héritées du droit de la famille tout en s'ancrant solidement dans le droit des obligations. Et c'était tout l'intérêt du concept de solidarité que de permettre une telle synthèse.

Le concept de solidarité nous vient en effet du droit des obligations et non pas du droit des personnes. Héritée du droit romain,[7] la solidarité désignait dans le code civil (art. 1197 et suiv.) une technique juridique destinée à régler les hypothèses de pluralité de créanciers (solidarité active) ou de débiteurs (solidarité passive) d'une même obligation. Alors que le droit civil n'appréhende généralement le rapport d'obligation que sur un plan individuel, la solidarité permettait de le penser sur un plan collectif (collectivité de créanciers et de débiteurs), en l'absence de tout lien communautaire et de tout consentement individuel (ce qui permettra à la solidarité sociale de s'émanciper du contrat d'assurance). A la différence de la fraternité, la solidarité se présente comme une pure technique purgée de toute référence dogmatique. Elle semble procéder des faits (l'indivisibilité de l'objet d'une obligation ou la coresponsabilité des auteurs d'un dommage) et n'a pas besoin de s'appuyer sur la croyance en une ascendance commune entre les personnes qu'elle lie. Cette objectivité apparente du concept a été renforcée par son emploi dans le vocabulaire de la biologie et de la sociologie naissantes pour désigner l'interdépendance des parties à l'égard du Tout, dans l'organisme vivant ou dans le corps social. On sait en particulier la place centrale qu'elle occupe dans l'œuvre de Durkheim, et l'influence de cette œuvre sur les juristes soucieux de justice sociale.[8] Ceci a conféré à la solidarité la capacité sulfureuse de désigner aussi bien une norme découverte par la science qu'un principe de justice sociale. Confondant les deux figures – scientifique et juridique – de la normativité elle répondait idéalement aux idéaux de la pensée positiviste, qui attribuent à la Science la source ultime de la vérité légale jadis occupée par la religion, et incitent à l'effacement de la distinction du *sein* et du *sollen*.

6 Cf. les célébrissimes décrets d'Allarde et loi Le Chapelier (texte réédité avec un commentaire de F. Soubiran-Paillet, in: Jean Pierre Le Crom [dir.], Deux Siècles de Droit du Travail, Paris: Éd. de l'Atelier 1998, 17 s.). Sur ce tournant historique, v. Steven L. Kaplan, La fin des corporations, Paris: Fayard 2001.

7 Cf. Paul F. Girard, Manuel élémentaire de droit romain, 5ème éd., Paris: Rousseau 1911, 738 et suiv.

8 Durkheim attachait du reste la plus grande importance au Droit dans l'analyse des formes de la solidarité: »La solidarité sociale, écrit-il, est un phénomène tout moral qui, par lui-même, ne se prête pas à l'observation exacte ni surtout à la mesure (…) il faut donc substituer au fait interne qui nous échappe un fait extérieur qui le symbolise et étudier le premier à travers le second. Ce symbole visible, c'est le droit« (Émile Durkheim, La division du travail social, 10ème éd., Paris: PUF 1978, 28).

On comprend dès lors pourquoi ce concept a pu s'épanouir en droit social. Mise en avant par la théorie politique à l'orée de la IIIème République,[9] consacrée par la science, la solidarité offrait une base satisfaisante à cette République devenue sociale qui entendait prendre ses distances avec l'individualisme du Code civil sans réactiver le corporatisme d'Ancien Régime. Le grand mérite de la solidarité était en effet d'asseoir les montages du droit social sur le droit des obligations et de préserver ainsi les principes d'égalité et de liberté individuelle que toute référence affichée à des »communautés naturelles« aurait mis en péril.[10] C'est la raison pour laquelle la solidarité a éclipsé aussi aisément la fraternité dans les principes fondateurs de la République.[11] Les théories corporatistes au contraire, telles qu'elles refleurirent dans les années trente et s'épanouirent dans la Charte du travail, n'ont eu de cesse de ramener le droit social sur le terrain de communautés supposées naturelles.[12]

Transplantée en droit social, cette modeste notion du droit des obligations s'est développée et transformée, jusqu'à devenir le seul principe général auquel la loi réfère aujourd'hui la sécurité sociale: »le principe de solidarité nationale«. Ce principe signifie que toute personne résidant sur le territoire français doit être affiliée à l'un des régimes obligatoires de la Sécurité sociale ou à défaut au régime de l'assurance personnelle (C. séc. soc. art. L. 111–1). A ainsi été englobé dans une enveloppe empruntée au droit des obligations (la solidarité) un véritable état social des personnes, lui même héritier de valeurs communautaires issues du droit de la famille (l'*affiliation* obligatoire de toute personne à un *régime*).

Une division des tâches s'est progressivement opérée entre les solidarités reconnues par le droit du travail, qui visent à établir au plan collectif la liberté et l'égalité entre employeurs et salariés, et les solidarités instituées par le droit de la Sécurité sociale, qui concourent à la protection sur la longue durée de la capacité professionnelle de l'ensemble de la population active. En matière de relations de travail, la solidarité s'exprime dans le droit des relations collectives, qui repose sur trois piliers: le droit d'action collective (abolition du délit de coalition en 1864), le droit de la représentation collective (syndicale en 1884, puis élective en 1936) et enfin le droit de la négociation collective (au niveau professionnel en 1919, puis au niveau de l'entreprise en 1972). En matière de protection sociale, la solidarité a vu le jour avec les premières sociétés de secours mutuel avant de prendre la forme d'assurances sociales obligatoires visant les travailleurs économiquement faibles (ouvriers et employés dont les revenus étaient inférieurs à un plafond d'affiliation) puis

9 Cf. la théorie du solidarisme défendue par Léon Bourgeois (Solidarité, Paris: A. Colin 1896), Célestin Bouglé (Le solidarisme, 1905) ou A. Fouillée. Pour une présentation synthétique de cette théorie et de l'influence profonde qu'elle a exercé (notamment chez des juristes tels que Gény, Hauriou ou Duguit), v. L. Moreau de Bellaing: »Le solidarisme et ses commentaires actuels«, in: J. Chevallier et al., La solidarité: un sentiment républicain, (Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, CURAPP) Paris: PUF 1992, 85 s.

10 Il suffit pour s'en convaincre de relire les textes fondateurs du solidarisme: »Le contrat (…) devient la base définitive du droit humain. Là où la nécessité des choses met les hommes en rapport sans que leur volonté préalable ait pu discuter les conditions de l'arrangement à intervenir, la loi qui fixera ces conditions ne *devra être qu'une interprétation et une représentation de l'accord qui eût dû s'établir préalablement entre eux s'ils avaient pu être également et librement consultés*: ce sera donc la présomption du consentement qu'auraient donné leurs volontés égales et libres qui sera le seul fondement du droit« (Léon Bourgeois, Solidarité, op. préc. 3ème éd. 1902, 132–133, souligné par l'auteur). Toutes les discussions du début du siècle sur la solidarité allaient tourner autour de cette idée de quasi-contrat, qui réactivait et modernisait celle de Contrat social.

11 Cf. A. Supiot, »La fraternité et la loi«, in: Liberté, égalité, fraternité … et droit du travail, Droit Social, n° spéc. janv. 1990, 118 s.; Michel Borgetto, La notion de fraternité en droit public français, Paris: LGDJ 1993.

12 Cf. not. François Perroux, Capitalisme et communauté de travail, Paris: Sirey 1937. Les références à la conception allemande de la Gemeinschaft sont encore omniprésentes dans la théorie de l'entreprise défendue par Paul Durand dans son premier grand traité de droit du travail publié en 1947. La Charte du travail (1942) se référait plus directement encore au modèle familial: dans le but de »définir les liens sociaux« elle organisait la division de l'activité économique en »grandes familles professionnelles« (v. Jean Pierre Le Crom, Syndicats, nous voilà! Vichy et le corporatisme, Paris: éd. de l'Atelier 1995, préf. R. O. Paxton).

en 1945 d'une sécurité sociale fondée sur les principes de solidarité nationale et de démocratie sociale (gérée par des institutions hybrides de droit privé et droit public), dont les lacunes ont vite conduit à la création de régimes de solidarité complémentaires (mutuelles et institutions de prévoyance, retraites complémentaires, chômage) relevant du seul droit privé. Le seul trait commun de cet univers immense d'institutions collectives gérant des intérêts sociaux et financiers gigantesques, est d'instaurer entre la représentation de l'intérêt général par les institutions publiques et la poursuite de leur intérêt individuel par les citoyens, un niveau intermédiaire où la loi admet l'institution d'intérêts collectifs. Sont ainsi dessinés des cercles de solidarités, les uns très étendus[13] et les autres très étroits,[14] que la loi s'efforce de relier les uns aux autres par des techniques diverses dont certaines sont propres au droit du travail ou à la protection sociale[15] et les autres communes.[16] L'ensemble de ce système a eu tendance à s'étendre progressivement, conduisant à un principe général de solidarité, qui interdit de laisser un individu absolument seul face aux risques encourus dans la vie professionnelle (tendance à la généralisation de la Sécurité sociale ou de la »couverture conventionnelle« en droit du travail).

L'une des conséquences les plus remarquables de ce principe de solidarité est de faire surgir de nouvelles figures du Tiers dans la relation contractuelle. A la figure de la loi, sous l'égide de laquelle tout contrat se trouve conclu, s'ajoutent alors celles de l'assurance sociale et de la convention collective. Tout contrat de travail inscrit ainsi ses parties dans des solidarités plus vastes qui s'imposent à eux en même temps qu'elles permettent de préserver la nature contractuelle et individuelle de la relation de travail. Le niveau des relations collectives a en effet permis d'externaliser, de sortir de la relation de travail, les problèmes nés de l'inégalité des parties et du temps long de la vie du travailleur, en les confiant à des mécanismes (négociation collective, assurances sociales) qui ne pèsent plus qu'indirectement sur le lien contractuel.

C. *L'irruption de la solidarité en droit communautaire*

La référence à la solidarité est une des caractéristiques majeures de l'État-Providence à la française.[17] L'héritage proudhonien, la tradition mutualiste, expliquent, entre autres facteurs, l'omniprésence de cette référence à la solidarité qui ne se retrouve ni dans le modèle social allemand (où la sécurité des personnes est traditionnellement suspendue à une appartenance communautaire), ni dans le modèle économique britannique (où elle est pensée comme un plancher »glissé sous la société libérale«, c'est-à-dire comme droit du citoyen nécessaire au bon fonctionnement d'une économie de marché). Aussi, l'irruption de la solidarité en droit communautaire est-elle un phénomène récent. Le Traité de Rome lui avait préféré la notion de »cohésion économique et sociale« et n'évoque la solidarité qu'entre les Etats membres. C'est bien pourtant en droit communautaire que la solidarité a connu sa consécration la plus éclatante, mais d'une manière inattendue, comme le résultat d'une collision du droit de la concurrence et du droit social.

L'individualisme abstrait du Code civil se retrouve à l'œuvre dans les principes fondateurs du Marché commun. Qu'il s'agisse de libre concurrence, de libre circulation des capitaux, des marchandises et des travailleurs, ou de non-discrimination à raison de la nationalité ou du sexe, les êtres humains se trouvent saisis comme

13 Ex. le régime (improprement dit) général de la Sécurité sociale qui regroupe tous les assurés non couverts par un régime spécial; ou encore les confédérations syndicales habilitées à représenter au plan national tous les travailleurs, les chômeurs et les retraités.

14 Ex. une mutuelle locale, le comité d'entreprise d'une petite entreprise, etc.

15 Ex. les systèmes de compensation financière entre régimes de la sécurité sociale; les techniques d'articulation de la représentation élective et de la représentation syndicale, etc.

16 Ex. le recours à la négociation collective et aux accords collectifs.

17 Sur l'histoire politique de la solidarité, v. Chevallier et al. (n. 9).

de simples particules contractantes, dont il suffirait de garantir l'égalité et la liberté individuelle pour faire surgir spontanément un ordre juste. Dans le système cognitif du traité de Rome, comme dans celui du droit civil, il n'existe rien entre la puissance publique et l'individu. Aucune place donc pour un droit social qui ne se confondrait ni avec le droit public, ni avec le droit privé. La différence est que le Code civil renvoyait cette dimension sociale au néant (la loi Le Chapelier vise explicitement *l'anéantissement* des corporations) tandis que le traité de Rome la renvoyait à la compétence exclusive des États membres. Les pères fondateurs, et après eux les docteurs de la loi communautaire qui siègent à Bruxelles ou Luxembourg, ont accordé une force normative à la séparation de l'économique (objet exclusif du droit communautaire) et du social (compétence réservée des États). Définissant l'entreprise comme »toute entité exerçant une *activité économique*, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement«,[18] le juge communautaire fait de la notion d'activité économique une catégorie dogmatique, désignant toute activité qui peut être assurée par une entité privée, peu important qu'elle s'exerce dans le secteur privé ou dans le secteur public d'un Etat membre.[19]

Sur cette pente glissante, la libre concurrence ne pouvait qu'entrer en collision avec le droit social et c'est de cette collision qu'est sortie la première définition juridique du principe de solidarité. Cette collision est intervenue lorsque la libre concurrence a été invoquée par des assurés pour échapper à la solidarité établie par des régimes de protection sociale obligatoire ou encore par des employeurs pour échapper à la force normative des conventions collectives. L'argument consistait à dire que ces régimes ou ces conventions constituaient des ententes prohibées, contraires aux principes de la libre concurrence. La puissance de cette thèse (qui se situe dans le fil de la philosophie utilitariste d'où est sortie l'idéologie économique)[20] vient de ce que le Marché est la seule institution à exclure toute discrimination hors celle de l'argent. C'est la seule qui mette en œuvre l'idée d'égalité formelle universelle. Toutes les institutions qui reposent sur le principe de solidarité, font au contraire prévaloir l'intérêt collectif sur l'intérêt individuel, et l'intérêt des membres du groupe sur celui des étrangers au groupe. Cette thèse a donc le mérite de nous rappeler que toute technique juridique de solidarité repose sur une hiérarchisation des intérêts en présence. En revanche elle ne convainc pas dans la séparation radicale qu'elle opère entre des droits économiques (susceptibles d'être universels) et des droits sociaux (particuliers par nature). Cette distinction est purement idéologique: il n'est pas de lien de droit qui n'ait à la fois une dimension économique et une dimension sociale.[21] Il faut donc la prendre pour ce qu'elle est: non pas comme une donnée de la science mais comme une construction dogmatique sur laquelle il est possible d'adosser de nouveaux droits, non seulement à l'échelle nationale, mais aussi, mais surtout, à l'échelle internationale. L'institution d'un marché international conduit à envisager les droits sociaux comme autant de dérogations nécessaires aux règles du droit de la concurrence.

C'est ce qu'a fait la Cour de Justice en jugeant que la solidarité à l'œuvre dans les organismes de Sécurité sociale constituait une exception licite, mais d'interprétation restrictive, aux principes de libre concurrence.[22] De même elle a analysé les conventions collectives comme une restriction de la concurrence entre les entre-

18 CJCE, 23 avril 1991, Höfner et Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979, point 21; 16 nov. 1995, Fédération française des sociétés d'assurance e.a., C-244/94, Rec. p. I-4013, point 14; 21 septembre 1999, Albany, aff. C-67/96, point 77. V. S. Hennion-Moreau, La notion d'entreprise en droit social communautaire, Droit Social 2001, 957.

19 CJCE, 23 avril 1991 aff. n° C-41/90 (Höfner et Elser) préc., points 21 et 24.

20 Sur cette idéologie économique, v. l'ouvrage classique de Louis Dumont, Homo æqualis 1. Genèse et épanouissement de l'idéologie économique, 2ème éd., Paris: Gallimard, 1985.

21 La relation de travail par exemple est indissolublement une relation économique et une relation sociale, dont le salarié est à la fois l'objet et le sujet.

22 CJCE 17 fév. 1993, aff. C-159 et 160/91 (Poucet et Pistre) Rec. I, p. 664, Droit Social 1993, 488, note Ph. Laigre et obs. J.-J. Dupeyroux; CJCE, 16 nov. 1995 aff. C-244/94 (Coreva), Droit Social 1996, 82, note Ph. Laigre; CJCE 26 mars 1996, aff. C-238/94 (Garcia), Droit Social 1996, 707. V. Jean-Jacques Dupeyroux, Les exigences de la solidarité, Droit Social 1990, 741; Antoine Lyon-Caen, Droit social et droit de la concurrence. Observations sur une rencontre, in: Les orientations sociales du droit contemporain. Écrits en l'honneur de J. Savatier,

prises signataires, et ne les fait échapper à l'interdiction des ententes économiques que dans la mesure où elles poursuivent un objectif de politique sociale.[23] Le même raisonnement a été mis en œuvre à propos des monopoles des entreprises de service public. Ce monopole est toléré dans la mesure où il est nécessaire à »une compensation entre les secteurs d'activités rentables et les secteurs moins rentables (ce qui) justifie, dès lors, une limitation de la concurrence, de la part d'entrepreneurs particuliers, au niveau des secteurs économiquement rentables«.[24]

Ce n'est pas le lieu de discuter ici des insuffisances techniques de la définition fort confuse de la solidarité adoptée par la Cour de Justice. Il suffit de relever que cette première consécration juridique du principe de solidarité est intervenue pour *défendre* certains acquis de l'État social, et non pas pour en *étendre* les effets au plan international. Il en va différemment de la formulation de la solidarité adoptée par la Charte de Nice, qui s'inscrit au contraire dans une vision prospective du principe.

II. Prospective

Tandis que l'histoire du principe de solidarité s'ancre dans l'expérience des droits nationaux, son avenir dépendra du sort qui lui sera réservé au plan international. Non seulement parce que les droits nationaux se trouvent aujourd'hui soumis aux règles d'un droit communautaire ou international du commerce, mais aussi parce que la globalisation étant une source d'interdépendance face à des risques majeurs (technologiques, économiques, démographiques, environnementaux, politiques, sanitaires) dont nul pays ne peut se dire à l'abri, l'organisation de la solidarité face à ces risques acquiert une importance vitale à l'échelle planétaire. Les mécanismes de solidarité sont aujourd'hui menacés par la déstabilisation des cadres nationaux où ils se sont épanouis (A). Mais cette remise en cause des solidarités nationales pourrait paradoxalement conduire à l'affirmation du principe de solidarité au plan international (B).

A. *La déstabilisation des cadres nationaux de la solidarité*

Dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, le principe de solidarité n'est pas formulé en tant que tel (si ce n'est par une allusion liminaire à la »famille humaine«) car il prend la forme de *droits* individuels (droits à la sécurité sociale, à un niveau de vie suffisant, à la sécurité contre les risques de perte de ses moyens de subsistance, v. art. 22 et 25).

Le bien-fondé de ces nouveaux droits de l'Homme, dits de la seconde génération, a été violemment contesté depuis 30 ans au nom de la Science économique. Etendant à tous les aspects de la vie humaine dans tous les pays du monde les principes de libre concurrence qui doivent fonder selon eux la »Grande Société«, les économistes les plus influents, tels Friedrich Hayek, ont attribué à la pensée totalitaire (qu'ils font courir de Platon à Staline!)[25] la consécration de ces droits, et affirmé qu'ils »ne pourraient être traduits dans des lois contraignantes sans du même coup détruire l'ordre de liberté auxquels tendent les droits civils traditionnels«.[26] La vi-

textes réunis et établis par Pierre Couvrat, Paris: PUF 1992, 331; F. Kessler, Droit communautaire de la concurrence et régimes de base de protection sociale, JCP 1997, I, 3999; Pierre Rodière, Droit social de l'Union Européenne, Paris: LGDJ 2ème éd., n° 247; Peter Hanau, Hans-Dietrich Steinmeyer, Rolf Wank, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, München: Beck 2002, 1168 et suiv.

23 CJCE, 21 déc. 1999 (Albany) préc. points 60 et suiv.

24 CJCE, 19 mai 1993 (Corbeau), A.J.D.A. 1993, 865, note F. Hamon, cité § 17.

25 Cette école de pensée se réclame toujours d'Aristote contre Platon, accusé d'être un théoricien de la servitude. Ce qui est assez étrange si l'on veut bien se souvenir que c'est Aristote et non Platon qui a cherché à fonder l'esclavage sur le droit naturel, affirmant (Politiques, 1254 b, 21–24) qu'il existait des esclaves par nature, situés entre l'homme et l'animal, car »ils n'ont part à la raison que dans la mesure où ils peuvent la percevoir mais non la posséder eux-mêmes« (cf. Peter Garnsey, Ideas of Slavery from Aristotle to Augustine, Cambridge: Cambridge University Press 1996). Rien de tel chez Platon qui voit dans l'esclavage une peine ou une conséquence de la guerre (Le Politique, 307–309, in: Œuvres complètes trad. Robin, t.2, Paris: Gallimard, La pléiade 1950, 422–425).

26 V. Friedrich August von Hayek, Droit, législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes de justice et d'économie politique, vol. 2: Le mirage de la

sion darwinienne de la société, d'où procède cette stigmatisation des droits sociaux,[27] a pris on le sait valeur de dogme au sein d'institutions comme le Fonds monétaire international ou la Banque mondiale.[28] On sait moins que son influence se fait aussi sentir dans les organisations internationales en charge de la mise en œuvre desdits droits économiques et sociaux, telle l'OIT,[29] qu'Hayek accable pourtant d'un mépris égal à celui qu'il porte aux syndicalistes: »le document entier, écrit-il à propos de la déclaration universelle de 1948, est rédigé dans le jargon propre à la mentalité organisationnelle, que l'on s'attend à trouver dans les déclarations des dirigeants syndicalistes ou de l'Organisation internationale du travail (…); ce jargon n'a rien qui s'accorde avec les principes sur lesquels repose l'ordre de la Grande Société«.[30]

Deux arguments sont avancés pour exclure ainsi les droits sociaux de la sphère juridique. Le premier est qu'ils ont pour objet la distribution des richesses, alors que le domaine du Droit serait par nature cantonné aux »règles de juste conduite«. Le second est qu'ils ont la structure d'une créance sur la collectivité et non d'une garantie individuelle. Seuls les *droits de* seraient de véritables droits car ils seraient susceptible d'être invoqués devant un juge, tandis que les *droits à* ne satisferaient pas ce critère de justiciabilité et ne seraient que des pétitions de principe, suspendues à l'existence d'une organisation susceptible de les honorer. Cet argument a été repris pour s'opposer à la déclaration des droits économique et sociaux dans la Charte européenne des droits fondamentaux. Les Allemands, les Anglais et les Espagnols ont soutenu durant l'élaboration de cette Charte qu'ils ne constituaient pas de véritables droits et n'y avaient donc pas leur place.[31]

Ces critiques sont dénuées de fondement et les droits économiques et sociaux sont des droits à part entière, tant du point de vue de leur contenu, que du point de vue de leur structure. S'agissant de leur contenu, »L'Homme« des premières déclarations des droits, par exemple celle de 1789, était un pur être de raison dont l'existence physique n'était envisagée que du point de vue du droit des peines. Or l'histoire a montré que ces droits civils et politiques étaient privés de sens et menacés de disparition là où des masses humaines entières se trouvaient livrées à la misère et à la peur. Pour se soucier de la défense de la démocratie ou du droit de propriété, il faut d'abord être assuré d'un minimum de sécurité physique et économique et ne pas être en proie aux agressions, à la faim, au froid ou à la maladie. C'était l'une des leçons des années trente que la misère et le chômage de masse font

justice sociale [1976], trad. de l'anglais par Raoul Audouin, Paris: PUF 1981, 123 s.

27 Hayek est l'un des chefs de file des théories évolutionnistes en économie, selon lesquelles le comportement humain est fondé, non sur la rationalité des acteurs, mais sur des routines, qui jouent le rôle des gènes en biologie. L'histoire serait un processus de sélection des comportements les mieux adaptés à l'environnement et le Droit ne doit donc pas entraver, mais faciliter cette sélection naturelle (V. pour une présentation claire et concise de ces différentes théories, François Eymard-Duvernay, Économie politique de l'entreprise, Paris: La découverte 2004).

28 Cf. le témoignage édifiant de l'ancien économiste en chef de la Banque mondiale, Joseph E. Stiglitz Globalization and Its Discontents, NYC: W.W. Norton, 2002.

29 Cf. la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail [1998]: bien que les objectifs de cette Déclaration marquent un retrait considérable vis-à-vis de ceux de la Déclaration universelle de 1948, son article 5 »souligne que les normes du travail ne pourront servir à des fins commerciales protectionnistes et que rien dans la présente Déclaration et son suivi ne pourra être invoqué ni servir à pareille fin; en outre, l'avantage comparatif d'un quelconque pays ne pourra, en aucune façon, être mis en cause du fait de la présente Déclaration et son suivi«. Appliquée à la lettre, cette réserve viderait la Déclaration de tout sens, l'interdiction de la liberté syndicale ou le recours au travail forcé pouvant constituer par exemple un avantage comparatif qui ne devrait »en aucune façon être mis en cause«.

30 Hayek (n. 26) 126. La liberté syndicale est on le sait l'un des principaux droits sociaux consacrés par la déclaration universelle de 1948 et condamnés par Hayek. Quand on se souvient du traitement que le Chili de Pinochet (modèle de mise en œuvre de ces théories économiques) a réservé aux syndicalistes, ou du rôle que la liberté syndicale a joué dans le renversement du communisme dans des pays comme la Pologne, on prend une vue plus juste de la valeur et de la portée de cette analyse économique des droits de l'Homme. La canonisation de Hayek (et de nombre de ses semblables) par le prix Nobel d'économie donne une idée du rôle joué par cette institution dans des conflits dogmatiques internes à l'Occident, où la science n'a pas grand chose à voir.

31 Cf. Braibant (n. 2) 44 et suiv.

le lit des dictatures et qu'il ne peut y avoir de liberté là où règne l'insécurité physique et ce fut la raison de la proclamation des droits sociaux dans l'après-guerre.

Quant à la structure des droits de seconde génération, certains d'entre eux (comme la liberté syndicale) sont de même facture que les droits traditionnels (ils garantissent une sphère d'autonomie individuelle). Ceux-là même dont l'exercice suppose une organisation collective (par exemple le droit à la protection de la santé) n'en sont pas moins susceptible de fonder une action en justice, par exemple contre une norme nationale qui leur serait contraire. Cette *justiciabilité normative*[32] ne constitue pas une régression dans un en-deça du Droit, car elle correspond à une évolution qui affecte aujourd'hui certains droits individuels de »première génération«, tel le droit de propriété. Dans ses aspects les plus liés à la globalisation, la propriété est »intellectuelle« et non plus matérielle, c'est-à-dire qu'elle porte sur ce que les juristes appellent des biens incorporels (marque, brevet, droit d'auteur). Étant donné que rien ne distingue matériellement de l'original la copie parfaite d'un enregistrement musical, d'un sac de luxe ou d'un logiciel, et que la réalisation de telles copies peut s'opérer sans priver quiconque de l'usage de son disque, de son sac ou de son ordinateur, il est vital pour les entreprises transnationales que ce genre de copies ne puisse circuler librement, et donc que la libre circulation soit subordonnée au contrôle du respect de leurs droits de propriété intellectuelle dans la fabrication et la circulation des produits sur lesquels ils prélèvent leur dîme.[33] Autrement dit le respect du droit de propriété intellectuelle suppose la mise en place de *prélèvements obligatoires* sur la fabrication, la reproduction ou la vente de produits auxquels elle s'étend.[34] C'est dire que le droit de propriété a ici la même structure que les droits sociaux: il ne s'identifie pas à la détention matérielle d'un bien, mais requiert une intervention positive des États pour être exercé; et son respect ne peut être assuré qu'en organisant la traçabilité du produit, c'est-à-dire par une organisation collective qui doit s'étendre au monde entier pour être efficace.

Evidemment, cette identité de structure du droit de propriété intellectuelle et des droits sociaux pose la question de leur conciliation et de leur hiérarchisation. La Déclaration de 1948 pourrait ainsi s'interpréter dans le sens où le droit de propriété des firmes pharmaceutiques sur leurs brevets doit céder devant le droit des populations à accéder à des soins adéquats. Le politique retrouve ici une faculté d'arbitrage que les docteurs de la loi du marché entendent leur dénier. Le rapprochement avec les droits sociaux suggère aussi qu'à l'instar de ces derniers (qui impliquent que le bénéficiaire contribue à l'organisation collective de la solidarité à proportion de ses ressources), la propriété intellectuelle devrait être grevée de charges contributives au profit des pays qui en garantissent l'exercice. Ce sont des interprétations de ce genre que les économistes fondamentalistes veulent interdire, car ils entendent mettre les droits de l'Homme au service des »forces du marché« et non l'inverse.

Reprendre une claire perception des droits économiques et sociaux exige de faire le lien avec les devoirs correspondant et c'est l'affirmation du principe de solidarité qui permet de faire ce lien entre le droit de recevoir et l'obligation de donner. C'est ce que fait la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples du 27 juin 1981.[35] Comme son nom le laisse entendre, cette Charte, tout en reprenant à son compte les droits individuels figurant dans les déclarations occidentales, les insère dans une conception de l'Homme qui n'est pas celle de l'individu sujet

32 L'expression est de Braibant (n. 2).

33 V. Com. 24 sept. 2003 (Bull. civ., IV, n° 147, p. 166): censure une Cour d'appel qui avait refusé d'annuler une vente de vêtements contrefaits au motif que ni un dol ni une erreur n'étaient démontrés, en énonçant, après avoir visé les art. 1128 et 1598 C. civ., que »la marchandise contrefaite ne peut faire l'objet d'une vente«.

34 Les dispositions de l'annexe 1C (dit TRIPS: Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) de l'accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce, obligent les États à établir des procédures »destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle (…) de manière à permettre une action efficace contre tout acte qui porterait atteinte aux droits de propriété intellectuelle couverts par le présent accord« (TRIPS, art. 41–1).

35 V. texte reproduit in Philippe Ardant, Les textes sur les droits de l'Homme (n. 1) 92; présentation sommaire in: Sudre (n. 1) n. 76 et suiv.

insulaire, mais celle d'un être lié à ses semblables. Tandis que dans la Déclaration universelle de 1948, le principe de solidarité ne se manifeste (implicitement) que sous la forme de *droits* individuels (droits à la Sécurité sociale, à un niveau de vie suffisant, à la sécurité contre les risques de perte de ses moyens de subsistance, v. art. 22 et 25), dans la Charte africaine au contraire il trouve place au titre des *devoirs* (art. 29–4: »l'individu a le devoir de préserver et de renforcer la solidarité sociale et nationale«). Dans un cas donc la solidarité s'exprime par une créance de l'individu sur la société, et dans l'autre comme une dette. En réalité, dans les deux cas, créance et dette sont liées. Aux *droits à …* proclamés au Nord a partout correspondu le devoir de contribuer à la solidarité en s'acquittant de prélèvements obligatoires (impôts et cotisations sociales).[36] Ces prélèvements obligatoires, dont on sait le poids fort lourd dans le modèle social de la »vieille Europe«, sont l'équivalent structurel du devoir de solidarité qui pèse sur tout Africain ayant des ressources. Mais tandis que cette solidarité traditionnelle se manifeste dans le cadre de liens personnels, le prix de la solidarité »moderne« est payé à des organismes anonymes, qu'il s'agisse de l'État pour les services publics ou des régimes de sécurité sociale.

Ce passage d'une solidarité personnelle à une solidarité institutionnelle est, nous l'avons vu, en Occident même, un phénomène récent. Venue du droit des obligations, la solidarité a changé de sens en passant du droit civil au droit social. Au lieu de désigner un lien de droit unissant directement créanciers et débiteurs, elle a fait réapparaître la figure du Tiers, qui caractérisait la fraternité. Ce Tiers toutefois n'a plus le visage du Père, de l'ancêtre commun, mais celui d'une institution créée par la loi ou le contrat, et qui incarne la solidarité en même temps qu'elle l'administre. Le point commun de ces institutions en charge de la solidarité est d'être titulaires d'une créance de cotisations (dont le montant peut varier selon les ressources de leurs membres) et d'une dette de prestations (dont le montant en revanche ne dépend pas de leurs ressources physiques et financières au moment de leur affiliation).[37] La solidarité désigne alors la création d'un pot commun dans lequel chacun doit verser selon ses capacités et peut prélever selon ses besoins.[38]

A la différence des mécanismes de redistribution traditionnels, comme la tontine africaine,[39] la solidarité ainsi instituée dans le cadre des États providence est purgée de toute espèce de lien personnel entre créanciers et débiteurs. C'est pourquoi elle peut s'étendre à un pays tout entier, comme les régimes nationaux de sécurité sociale (fondée sur »le principe de solidarité nationale«)[40] ou comme les services publics (chargés d'assurer l'égalité d'accès des citoyens à des biens jugés essentiels: santé, énergie, transports, éducation, information, etc.). Ainsi entendue, la solidarité est anonyme, ce qui fait sa force mais aussi sa faiblesse. Sa force parce qu'elle libère les individus de leurs liens d'allégeance personnelle

36 Ce devoir est explicitement formulé par la déclaration panaméricaine des droits et devoirs de l'Homme (1948), aux termes de laquelle toute personne »est obligée de collaborer avec l'État et la communauté pour l'entraide et la sécurité sociales, selon les possibilités et les circonstances« (art. 35), et »a le devoir de payer les impôts fixés par la loi pour le soutien des services publics de son pays« (art. 36).

37 Cf. la définition du principe de solidarité adoptée en droit communautaire: CJCE, 17 fév. 1993, aff. n° C-159/91 et C-160–91, Poucet et Pistre, Droit Social 1993, 488, note Laigre et obs. J.-J. Dupeyroux.

38 Cf. sur ce point l'article de référence de Jean Jacques Dupeyroux, Les exigences de la solidarité, Droit social 1990, 741.

39 Le mot »tontine« est la traduction juridique impropre d'une institution très répandue dans certains pays africains. Ce qu'on appelle en bamiléké tchaw ou djangui (mettre ensemble, cotiser) »sont des associations de personnes le plus souvent liées par un point commun (membres d'une même famille d'un même quartier ou encore d'une même ethnie), qui font des versements réguliers, en nature ou en argent, et dont le total est distribué à tour de rôle aux membres de l'association« (cf. J. Nguebou-Toukam et M. Fabre-Magnan, La tontine: une leçon africaine de solidarité, in: Du droit du travail aux droits de l'humanité. Études offertes à Philippe-Jean Hesse, dir. par Yvon Le Gall et al., Rennes: Presses Universitaires de Rennes 2003, 299 et s.; l'une des rares études juridiques sur le sujet, bien documenté en revanche en économie et anthropologie).

40 Art. L. 111–1 du Code de la sécurité sociale. Ce principe signifie que toute personne résidant sur le territoire français doit être affiliée à l'un des régimes obligatoires de la Sécurité sociale ou à défaut au régime de l'assurance personnelle.

et qu'elle autorise la mobilisation de ressources considérables et une très grande mutualisation des risques. Sa faiblesse parce que cet anonymat attise l'individualisme en faisant disparaître tout lien direct entre les personnes solidaires au profit d'un face à face individuel avec un organisme impersonnel. Selon qu'on se place du point de vue des prestataires ou des cotisants, on y verra une sorte de manne céleste (une créance sans vrai débiteur), ou une espèce de racket (une dette sans vrai créancier).[41] Faiblesse aussi parce que ces systèmes de solidarité n'ont pu se développer que dans le cadre des États qui en sont les garants quand ils n'en sont pas les gérants.

Le succès historique du »principe de solidarité nationale« n'est plus à démontrer: il a permis d'arracher la plus grande partie de la population à l'insécurité économique résultant des principaux risques de la vie. Mais ce succès paraît de plus en plus … historique. D'un côté la dépense sociale a atteint des niveaux qui ne semblent plus guère pouvoir être dépassés (à en juger par les réformes qui agitent toutes les branches de la sécurité sociale), tandis que de l'autre réapparaît la pauvreté, la misère et plus généralement ce que Robert Castel a justement appelé la désaffiliation des plus faibles.[42] Pour toutes ces raisons les systèmes de solidarité développés dans le cadre des États providence traversent aujourd'hui une crise profonde. Leur exportation a été un échec dans les nombreux pays du sud où les liens de solidarité personnels demeurent les seuls sur lesquels on puisse compter.[43] Et dans les pays du Nord ils sont soumis aux critiques des fondamentalistes du marché et à des difficultés financières croissantes, aggravées notamment par l'ouverture des frontières, qui permet aux capitaux et aux entreprises de fuir impôts et cotisations.

B. *Le renouveau du principe de solidarité*

La réponse à ces difficultés ne se trouve pas dans le mythe d'une société mondiale composée d'individus autosuffisants et libérés de tout lien de solidarité. Elle ne se trouve pas non plus dans la fermeture sur eux-mêmes des systèmes nationaux de solidarité qui forment la colonne vertébrale des sociétés et sont donc bien obligés de bouger avec elles. On ne pourra faire face à la déstabilisation de ces systèmes sans donner une portée internationale au devoir de solidarité inhérent à la déclaration des droits de la seconde génération. Ces droits ne représentent qu'une face du principe de solidarité et sont liés à des devoirs réciproques de contribution financière, qui sont déjà consacrées par les chartes et déclarations en vigueur.[44] Les droits économiques et sociaux déjà consacrées suffisent donc à donner des armes juridiques pour obliger les opérateurs économiques à contribuer de façon significative à leur satisfaction dans les pays où ils opèrent. Il conviendrait d'autre part de tirer du principe de solidarité des effets nouveaux et de faire évoluer l'interprétation des droits économiques et sociaux dans un sens qui tienne compte du nouveau régime juridique des échanges dans le monde. Cette interprétation doit s'ouvrir à la manière dont les pays du sud entendent et pratiquent la solidarité si l'on veut réduire la fracture sociale internationale et les conflits d'intérêts aujourd'hui entretenus entre travailleurs du nord et du sud.

Le droit communautaire montre qu'un double mouvement de réaffirmation et de réinterprétation du principe de solidarité est déjà engagé en Europe, sous la pression notamment de l'élargissement de l'Union européenne à d'anciens pays communistes. Vingt ans après la déclaration africaine, la Charte européenne des

41 D'où cette schizophrénie si fréquente des titulaires de revenus financés par des prélèvements obligatoires (fonctionnaires, médecins, agriculteurs), qui d'un côté réclament une augmentation de ces revenus et de l'autre une diminution de ces prélèvements.

42 Robert Castel, Les métamorphoses de la question sociale, Paris: Fayard 1995 (passim).

43 Les administrateurs des institutions publiques de solidarité y voient souvent un pot commun qui n'appartient à personne et dans lequel on peut donc puiser pour soi-même et ses obligés.

44 Ce lien est explicitement établi dans certaines déclarations, comme la déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme (1948), aux termes de laquelle toute personne »est obligée de collaborer avec l'État et la communauté pour l'entraide et la sécurité sociales, selon les possibilités et les circonstances« (art. 35), et »a le devoir de payer les impôts fixés par la loi pour le soutien des services publics de son pays« (art. 36).

droits fondamentaux a consacré à son tour ce principe, tout en lui donnant de nouveaux prolongements. La solidarité recouvre ainsi dans cette Charte (chapitre 4, art. 27 et suiv.), non seulement les droits sociaux déjà visés par la Déclaration universelle, mais aussi de nouveaux droits fondamentaux (droit à l'information des travailleurs, droit de négociation et d'action collective, droit d'accès aux services publics), ainsi que certains principes qui s'imposent aux pouvoirs publics et aux entreprises (conciliation de la vie familiale et professionnelle, protection de l'environnement, protection des consommateurs). Ainsi définie, la solidarité pourrait servir à contenir de deux manières les effets de déstructuration sociale liés à la mondialisation. D'une part elle conduit à reconnaître à ceux dont les conditions de vie et de travail sont concernés par la libéralisation des échanges internationaux le droit de s'organiser, d'agir et de négocier sur un plan international.[45] La solidarité cesse ici d'être envisagée seulement comme un moyen de protéger les hommes contre les risques de l'existence, mais aussi de leur donner les moyens concrets d'exercer certaines libertés,[46] à l'instar de bien des formes traditionnelles de solidarité pratiquées hors de l'Occident, telles la tontine déjà citée, qui apparaît ainsi étonnamment moderne. D'autre part cette définition du principe de solidarité peut servir de base à des règles bornant la marchandisation des hommes et des choses. Placer, comme le fait la Charte, le droit de l'environnement ou le droit de la consommation sous l'égide du principe de solidarité, permet de lutter contre la fuite des responsabilités facilitée par l'organisation réticulaire de l'économie contemporaine. Ce sont tous ceux qui bénéficient d'une opération économique qui doivent être considérés comme solidairement responsables des dommages qui en résultent pour l'environnement et les consommateurs, quels que soient les montages juridiques empruntés par l'entreprise.[47]

Le sens premier de la solidarité, celui du droit civil, longtemps éclipsé en matière sociale par les techniques venues de l'assurance, refait alors surface, étrangement semblable aux formes de la solidarité »traditionnelle« encore vivaces hors de l'Occident, qui engagent la responsabilité personnelle de ceux qu'elle lie.[48] La responsabilité sociale des entreprises opérant à l'échelon international supposerait qu'une solidarité de ce type puisse exister entre les diverses entités d'une filière ou d'un réseau transnational. Sur cette base il deviendrait notamment possible de poursuivre en responsabilité dans les pays

45 Une base juridique est ainsi conférée à une solidarité active, par dessus les frontières, dont pourraient se saisir associations et syndicats représentatifs. C'est ce qui explique la détermination de certains gouvernements, emmenés par le Royaume-Uni, à empêcher que le juge communautaire ne puisse interpréter librement les dispositions de la Charte. Les mêmes se sont opposés avec succès à la reconnaissance dans le corps du traité constitutionnel d'un droit d'action collective internationale des travailleurs (cf. C. Barbier, Un traité constitutionnel en quête de ses ultimes auteurs, Demain l'Europe, juillet 2004, n° 23).

46 Cf. sur ces »droits de tirage sociaux«: Au-delà de l'emploi, dir. par Alain Supiot, Paris: Flammarion 1999.

47 C'est la solution retenue par la directive européenne du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux. Définissant le produit défectueux comme celui qui »n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre«, elle rend le producteur responsable des dommages occasionnés par ce défaut aux personnes ou aux biens, qu'il soit ou non lié par contrat avec la victime. Cette solution a aussi été utilisée avec grande efficacité par les États-Unis, à la suite de la marée noire de l'Exxon Valdes, la loi américaine permettant désormais de poursuivre en responsabilité tous ceux qui de près ou de loin ont pris part à l'opération de transport. Selon l'Oil Pollution Act de 1990, est responsable de la pollution causée par un navire »any person owning, operating, or demise chartering the vessel«.

48 Cf. C. civ. art. 1200: »Il y a solidarité de la part des débiteurs lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité, et que le paiement fait par un seul libère les autres envers le créancier«. Un courant doctrinal se dessine en droit civil pour donner une portée nouvelle au principe de solidarité en matière contractuelle: v. Denis Mazeaud, Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?, in: L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré, Paris: PUF, Dalloz et Juris-classeur, 1999, 603 sq.; Christophe Jamin, Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, in: Le contrat au début du XXI siècle. Études offertes à Jacques Ghestin, Paris: LGDJ 2001, 441 sq.; cf. La nouvelle crise du contrat, dir. par Christophe Jamin et Denis Mazeaud, Paris: Dalloz 2003.

où elles ont leur siège les entités »en mesure d'exercer une grande influence sur les activités des autres«,[49] et de les obliger à répondre des manquements à ces principes observés dans les »pays d'accueil« par des entités appartenant au même réseau ou à la même filière. Cette obligation encouragerait les bonnes pratiques de sous-traitance et découragerait les mauvaises.[50] De telles actions en responsabilité pourraient être elles-mêmes conduites de façon coordonnée par les syndicats du réseau ou de la filière. Un tel retour à des techniques de solidarité civile, qui tablent sur les liens personnels plutôt que sur des organisations anonymes, est aussi perceptible en droit interne, tant sur un plan doctrinal qu'en droit positif.

Ainsi en France, un courant doctrinal s'est développé en droit civil ces dernières années pour défendre l'idée d'un solidarisme contractuel. A l'origine de cette thèse se trouvent des évolutions récentes du droit positif qui visent à stabiliser le lien contractuel ou à protéger la partie faible. Ces évolutions ont conduit la doctrine à se mettre en quête de nouveaux principes directeurs du contrat. Ont ainsi pu être invoqués les principes de coopération, de proportionnalité, d'équilibre contractuel, de cohérence, de transparence,[51] etc. Mais c'est la référence au principe de solidarité qui est sans doute la thèse la plus stimulante pour qui cherche à saisir l'unité de l'évolution du droit, au-delà de la division du droit civil et du droit social. Cette thèse a été avancée par divers auteurs, qui ont pensé avoir trouvé dans le *solidarisme contractuel* les clés d'interprétation de l'évolution la plus contemporaine du droit des contrats.[52] Ce solidarisme consiste à voir dans le contrat »autant un lien social qu'il sert à mettre en scène que le support technique des échanges économiques«,[53] et à »instituer un droit des relations contractuelles inégalitaires«.[54] Les défenseurs de cette thèse reprennent à leur compte une idée déjà avancée par Demogue en 1922: celle d'un »but commun« du contrat, qui transcende les buts individuels poursuivis par les parties et les oblige à coopérer.[55] Renouant ainsi avec les débats du tournant du XIXème – XXème siècle, cette thèse a suscité des critiques qui rappellent celles qui furent adressées aux premières lois sociales. Fondées sur l'anthropologie rustique de l'individu rationnel maximisant son intérêt, ces critiques sans surprise renvoient à la morale tout ce qui excède l'horizon de la recherche de l'intérêt individuel.[56] Il faut toutefois reconnaître

49 Formule empruntée aux Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales (1976, révisés en 2000).

50 L'un des effets des dispositions de l'Oil Pollution Act américain a été de rendre les grandes compagnies pétrolières regardantes sur les garanties de sécurité dans le choix de leurs transporteurs.

51 V. not. dans une bibliographie particulièrement débordante François Diesse, Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat, Arch. de philosophie du droit 43 (1999) 259; Yves Picod, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, préf. de Gérard Couturier, Paris: LGDJ, 1989; Sophie Le Gac-Pech, La proportionnalité en droit privé des contrats, préf. de Horatia Muir-Watt, Paris: LGDJ 2000; Laurence Fin-Langer, L'équilibre contractuel, préf. de Catherine Thibierge, Orléans: LGDJ 2002; Dimitri Houtcieff, Le principe de cohérence en matière contractuelle, préf. de Horatia Muir-Watt, Aix-en-Provence: Presses Universitaires Aix-Marseille, 2001; Nancy Vignal, La transparence en droit privé des contrats, préf. de Jacques Mestre, Aix-en-Provence: Presses Universitaires Aix-Marseille, 1998.

52 Cf. Mazeaud (n. 48) 603 sq.; Chr. Jamin, Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, in: Études offertes à J. Ghestin (n. 48) 441 sq.; Jamin et Mazeaud (n. 48).

53 Jamin (n. 48) 471; v. aussi sur la prise de conscience chez les civilistes que le contrat est un lien social Catherine Thibierge-Guelfucci, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, RTD civ. 1997, 357 sq.; Pascal Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ. 1999, 771 sq.

54 Jamin (n. 48).

55 René Demogue, Traité des obligations en général, t. VI, Paris: Rousseau, 1932, § 3 sq.

56 »Chaque homme doit veiller par priorité à la défense de ses intérêts (…) Le droit des contrats doit être conçu en fonction de l'homme tel qu'il est et non tel qu'on voudrait qu'il fût; il n'a, au reste, pas pour objet la perfectibilité de l'être humain laquelle relève de la morale (…) Plutôt que de tabler sur une hypothétique solidarité humaine, il convient donc de conserver comme pierre angulaire du droit des contrats le fait que les hommes portent très naturellement, dans leur grande majorité, plus d'attention à leur propres intérêts qu'à ceux d'autrui.« (François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, Droit civil. Les obligations, 8ème éd., Paris: Dalloz 2002, n° 42). Rien de bien neuf depuis Thiers affirmant qu'un droit des faibles est contraire à »l'ordre naturel des choses« (v. Philippe Sassier, Du bon usage des pauvres. Histoire d'un thème politique. XVIe – XXe siècles, Paris: Fayard 1990, 251).

que les partisans du solidarisme contractuel eux-mêmes semblent ignorer pour l'essentiel le sens acquis par la solidarité en droit social.

La solidarité qui fait ainsi retour en droit civil, est pourtant chargée des ambiguïtés qu'elle a acquise en droit social, c'est-à-dire qu'elle constitue un mixte de droit des personnes et de droit des obligations. La création du pacte civil de solidarité (PACS) en 1999 a surtout été regardé comme une consécration du »droit des homosexuels«, auxquels il confère un *Ersatz* de mariage. Mais on peut douter qu'une pratique sexuelle quelle qu'elle soit (homo, hetero, solitaire!) puisse être à elle seule une source légitime de droits. Ce n'est du reste pas un type de sexualité plutôt qu'un autre qui justifie le statut social et fiscal avantageux des »pacsés«, mais bien plutôt le fait qu'ils s'engagent à une »aide mutuelle et matérielle«. Dans la mesure où le couple est le lieu d'une prise en charge des personnes qui allège le fardeau supporté par la solidarité nationale, il est juste que la loi lui attribue en retour des droits particuliers. Autrement dit la loi a tout intérêt à favoriser la *solidarité civile* pour éviter que la *solidarité sociale* ne finisse par succomber sous le poids d'un individualisme radical.[57] Devant le poids financier de la solidarité à l'œuvre dans les régimes de Sécurité sociale, nous avons tendance à oublier qu'ils reposent sur le système plus énorme encore des solidarités civiles, au premier rang desquelles les solidarités familiales. Quelques travaux d'économie sociale ont pourtant mis en évidence l'ampleur des transferts financiers intergénérationnels qui permettent la survie du flot grandissant des jeunes que la France condamne au chômage ou à la précarité.[58] Sans ces transferts, le mouvement, déjà si visible, de paupérisation ou de clochardisation d'une partie de la population, serait beaucoup plus ample. Mais cette entraide civile ne se limite pas à des transferts financiers entre générations. Elle comporte également ce que le droit social appelle des prestations en nature, des soins aux personnes, et elle intéresse aussi les relations de couple et pas seulement les relations entre générations. Que deviendrait l'assurance maladie, si elle ne pouvait plus compter sur le secours et l'assistance conjugale, notamment chez les personnes âgées? Qu'on imagine une seconde que la sécurité sociale ait à faire face à une population exclusivement composée de célibataires, chargés ou non d'enfants. Elle ne résisterait pas aux coûts induits par la généralisation d'une solitude qui pèse déjà lourdement sur ses comptes. Pour être viable, une société doit faire également place au principe de compétition individuelle et au principe de coopération entre les individus. C'est pourquoi l'on peut prédire un bel avenir au principe de solidarité.

Alain Supiot*

* Professeur de Droit privé et sciences criminelles à l'Université de Nantes, Membre de l'Institut Universitaire de France (chaire »Dogmatique juridique et lien social«)

57 V. cette idée développée in »Les mésaventures de la solidarité civile: pacte civil de solidarité et systèmes d'échanges locaux«, Droit Social 1999, 64–73. L'exigence d'une réelle solidarité a été consacrée par le Conseil constitutionnel, dans ses réserves d'interprétations sur la validité de la loi instituant le PACS (C. consti. déc. n° 99–419 DC du 9 novembre 1999).

58 V. A. Masson: Quelle solidarité générationnelle? Etat-Providence vs. entraide familiale, ENS-Delta, 1998, doct. 98–10 et les références citées. Contrairement aux dépenses publiques, ces transferts sont descendants (les vieux aidant les jeunes). Ils tendent naturellement à conforter les inégalités de fortune entre les jeunes.